



Norbert Oberauer

Islamisches Wirtschafts- und Vertragsrecht

Eine Einführung

Ergon

Norbert Oberauer

Islamisches Wirtschafts-
und Vertragsrecht

Norbert Oberauer

Islamisches Wirtschafts-
und Vertragsrecht
Eine Einführung

ERGON VERLAG

Gedruckt mit freundlicher Unterstützung des Exzellenzclusters
„Religion und Politik in den Kulturen der Vormoderne und der Moderne“
an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster aus Mitteln
der Exzellenzinitiative des Bundes und der Länder.

Die Umschlagabbildung zeigt ein Detail aus:

Marriage procession in a bazaar, 1640-1650, gouache with gold on paper.
On loan to the Ashmolean Museum from a Private Collection between 2001-2016.
Image © Ashmolean Museum, University of Oxford.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen
Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über
<http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2017 Ergon-Verlag GmbH · 97074 Würzburg

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt.
Jede Verwertung außerhalb des Urheberrechtsgesetzes bedarf der Zustimmung des Verlages.
Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen jeder Art, Übersetzungen, Mikroverfilmungen
und für Einspeicherungen in elektronische Systeme.

Umschlaggestaltung: Jan von Hugo
Satz: Thomas Breier, Ergon-Verlag GmbH

www.ergon-verlag.de

ISBN 978-3-95650-255-2

Inhalt

Vorwort.....	11
Einleitung.....	15
I. Der Barkauf (<i>bayʿ</i>).....	19
1. Voraussetzungen bezüglich der Vertragsparteien	19
1.1. Geschäftsfähigkeit.....	19
1.2. Freiheit von Zwang.....	20
1.3. Eigentum des Verkäufers an der Kaufsache	20
1.4. Die Bedeutung der Konfession der Parteien.....	21
2. Der Vertragsschluss (<i>ʿaqd</i>).....	22
2.1. Angebot und Annahme.....	22
2.2. Die Rechtsfolgen des Vertragsschlusses	28
3. Voraussetzungen bezüglich der ausgetauschten Güter	31
3.1. Rituelle Reinheit und prinzipielle Nutzbarkeit	31
3.2. Existenz und Übergabefähigkeit	31
3.3. Weiterveräußerung vor Inbesitznahme (<i>qabd</i>)?.....	32
3.4. Bestimmtheit von Menge und Qualität.....	33
3.5. Das Problem abwesender und nicht sichtbarer Güter	37
3.6. Der Kauf von Früchten am Baum.....	40
II. Kaufverträge mit einseitigem Leistungsaufschub	45
1. Verzögerte Lieferung: Der Terminkauf (<i>salam</i>).....	46
2. Verzögerte Zahlung: Der Kreditkauf.....	50
3. Das Verbot des beidseitigen Leistungsaufschubs	51
III. Der Werklieferungsvertrag (<i>istiṣnāʿ</i>).....	55
1. Anwendungsbereich und systematische Einordnung.....	55
2. Der <i>istiṣnāʿ</i> als rechtsdogmatischer Kompromiss	57
3. Die Sonderposition des Abū Yūsuf und der <i>istiṣnāʿ</i> im heutigen Rechtsdiskurs.....	60
4. Alternativen zum <i>istiṣnāʿ</i>	62

IV.	Vertragliche Gestaltungsfreiheit und ihre Grenzen: die <i>šurūṭ</i>	65
1.	Vertragsimplizite Konditionen: Die „Essenz des Vertrags“ (<i>muqtaḍā al-ʿaqd</i>)	67
2.	Verträge unter Vorbehalt von Ereignissen (<i>taʿlīq al-ʿaqd</i>).....	67
3.	Vereinbarung von Widerrufsrechten (<i>šarṭ al-ḥiyār</i>).....	68
4.	Das <i>ʿurbūn</i>	71
5.	Vertragskombinationen.....	74
5.1.	Die konditionale Verknüpfung von Verträgen.....	74
5.2.	Abgrenzung zur nicht-konditionalen Verknüpfung	78
5.3.	Die Verknüpfung von Kauf und Miete als Alternative zum Werklieferungsvertrag	80
6.	Vertragsförderliche und vertragsunterlaufende Konditionen	83
7.	Vertragsfreiheit im islamischen Recht? Der Ansatz Ibn Taymiyyas	87
V.	Das Verbot des „Risikos“ (<i>ḡarar</i>).....	91
1.	Bedeutung und Reichweite.....	91
2.	Die exegetischen Grundlagen des <i>ḡarar</i> -Verbots	93
2.1.	Das koranische Verbot des <i>maysir</i>	93
2.2.	Von <i>maysir</i> zu <i>ḡarar</i> : Risikoverbote im Hadith.....	94
VI.	Das <i>ribā</i> -Verbot	97
1.	Der Koran und das „vorislamische <i>ribā</i> “	97
2.	Das Verbot des „nutzbringenden Darlehens“ (<i>qarḍ ḡarra manfaʿa</i>)	100
3.	Überschussverbot und Stundungsverbot: <i>ribā al-faḍl</i> und <i>ribā an-nasiʿa</i>	101
4.	Der versteckte Zins: Probleme der Fasslichkeit.....	104
5.	Die doppelten Kaufgeschäfte	106
6.	Dogmatische Strenge vs. ökonomischer Pragmatismus: Das Beispiel des <i>bayʿ al-wafāʿ</i> ?.....	110
7.	Quantitative Begrenzung des Zinses? Ein rechtsvergleichender Ausblick.....	116

8.	Extreme Überteuering: Das Rechtsinstitut des <i>ḡabn fāḥiṣ</i>	118
9.	Die positiv-rechtlichen Zinsgrenzen im Osmanischen Reich.....	122
VII.	Die <i>murābaha</i>	125
VIII.	Gefahrtragung und Gefahrübergang.....	133
	1. Der Begriff „ <i>damān</i> “ und seine unterschiedlichen Bedeutungen	133
	2. <i>Damān</i> im Sinne von Gefahrtragung.....	134
	2.1. Gefahrtragung und Treuhänderschaft (<i>amāna</i>).....	134
	2.2. Der Gefahrübergang beim Kauf.....	135
IX.	Mängelhaftung.....	153
	1. Was sind Mängel?	153
	2. Rechte und Pflichten bei Mängeln.....	154
	3. Rücktrittshindernisse (<i>maḡwāniṣ min ar-radd</i>).....	156
	3.1. Konkludente Akzeptanz durch Nutzung oder Verzögerung.....	157
	3.2. Weiterveräußerung.....	157
	3.3. Auftreten eines zweiten Mangels in der Gefahr des Käufers.....	160
	3.4. Zugewinn aus der Ware (<i>ziyāda/namā</i>).....	161
	4. Die Möglichkeit des Haftungsausschlusses (<i>barāʿa</i>).....	165
	5. Die mālikitische Sonderregelung der <i>ʿubda</i>	168
X.	Miet- und Arbeitsverträge	169
	1. Miete von Sachen und Personen: Die <i>iḡāra</i>	169
	1.1. Kündigung der Miete	172
	1.2. Haftung und Gefahrtragung bei der Miete.....	174
	2. Die Auslobung (<i>ḡiʿāla</i>)	178
	3. Das ḡanāfiṣche <i>ḡuʿl</i> : Entlohnung für die Zurückholung entflohener Sklaven.....	181
	4. Der Sonderfall der Vermietung von Agrarland.....	184

XI.	Leihe und Darlehen.....	187
1.	Die Leihe (<i>‘āriya</i>).....	187
1.1.	Definition und wichtigste Rechtsfolgen.....	187
1.2.	Die Bindungskraft der Leihe	188
1.3.	Die Gefahrtragung bei der Leihe.....	190
1.4.	Erforderlichkeit der Annahme?.....	192
1.5.	Pflicht zur Leihe?	193
2.	Das Darlehen (<i>qard/salaf</i>)	194
2.1.	Abgrenzung zur Leihe und wichtigste Rechtsfolgen	194
2.2.	Der altruistische Charakter des Darlehens.....	195
2.3.	Die Widerruflichkeit des Darlehensvertrags	199
2.4.	Die Erforderlichkeit der Annahme	199
XII.	Der Gesellschaftsvertrag (<i>šarika</i>).....	201
1.	Vermögensbasierte Gesellschaften: <i>šarikat al-‘inān</i> und <i>mufāwāḍa</i>	202
1.1.	<i>Mufāwāḍa</i> und <i>šarikat al-‘inān</i> im ḥanafitischen Recht.....	202
1.2.	<i>Mufāwāḍa</i> und <i>šarikat al-‘inān</i> im mālikitischen Recht.....	204
1.3.	Die <i>šarikat al-‘inān</i> nach šāfi‘itischem und ḥanbalitischem Recht.....	205
2.	Arbeits- und Kreditpartnerschaften	206
3.	Die stille Gesellschaft (<i>muḍāraba</i>).....	208
3.1.	Die recht dogmatische Problematik der <i>muḍāraba</i>	209
3.2.	Interessen des Agenten vs. Interessen des Kapitalgebers	212
4.	Partnerschaftlich strukturierte Pachtformen: <i>muzāra‘a</i> und <i>musāqāḥ</i>	215
XIII.	Unbarer Geldverkehr: <i>ḥawāla</i> , <i>suftaḡa</i> , <i>ruq‘a</i> und <i>šakk</i>	219
1.	Die <i>ḥawāla</i>	220
1.1.	Die ḥanafitische Position.....	220
1.2.	Die Position der anderen Schulen.....	221

1.3. Exegetische Grundlage und Sitz im Leben der <i>ḥawāla</i>	222
1.4. Die <i>ḥawāla</i> im heutigen Wirtschaftsverkehr	225
2. Die <i>sufṭaḡa</i>	226
Literaturverzeichnis.....	235
1. Quellen bis Ende des 19. Jahrhunderts.....	235
2. Quellen und Sekundärliteratur ab dem 20. Jahrhundert.....	238
Index.....	245

Vorwort

Dem vorliegenden Band liegt ein doppeltes Anliegen zugrunde. Zum einen hat er den Charakter einer Einführung, d.h. der Leser soll mit den Grundzügen des islamischen Vertragsrechts und seinen Besonderheiten vertraut gemacht werden, ohne dass dabei ein bestimmte Fragestellung verfolgt oder eine These entwickelt wird. Zugleich soll der Band einen Beitrag zur Grundlagenforschung leisten, denn sein Gegenstand ist zu großen Teilen durch die Islamwissenschaft noch gar nicht ausreichend erschlossen worden. Zwar existieren bereits Studien zum islamischen Vertragsrecht – in erster Linie wäre hier die Untersuchung von Wichard (1995) zu nennen, aber auch die von Vogel & Hayes (2006), Yanagihashi (2004), Saeed (1996), Saleh (1986) Udovitch (1970) und Chehata (1936). Diese zum Teil hervorragenden Arbeiten weisen aber jeweils ihren spezifischen Fokus auf, der oft stark verengt ist, sei es auf bestimmte Bereiche des Vertragsrechts, auf bestimmte Rechtsschulen, oder auf bestimmte Zeitschichten. Die Folge ist, dass selbst zentrale Gegenstände des Vertragsrechts oft nur sehr oberflächlich erforscht sind. Ein Anliegen dieses Buches ist es, diese Lücken zu füllen, und zu einem großen Teil basiert es entsprechend auf der Untersuchung von Primärquellen.

Die Doppelnatur als Einführung und Forschungsarbeit schlägt sich auch in der Anlage des Buches nieder. In manchen Abschnitten dominiert der einführende Charakter – sie sind knapper und überblicksartiger gehalten und knüpfen an bestehende Forschung an. Das betrifft etwa die Kapitel zu Bar- und Terminkauf zu Beginn des Bandes. Diejenigen Abschnitte der Arbeit, in denen nicht auf frühere Forschung zurückgegriffen werden konnte, sind zum Teil deutlich umfangreicher und detaillierter, da in ihnen transparent gemacht werden soll, wie die präsentierten Inhalte aus den Quellen erschlossen wurden. Dieser aufwendigere, forschungsnahe Darstellungsmodus findet sich beispielsweise in den Kapiteln zum Werklieferungsvertrag (*istiṣnāʿ*), zu den unbaren Zahlungsformen (*ḥawāla* & *suf-taḡa*), zu den vertraglichen Sonderklauseln (*ṣurūt*) oder zu Haftung und Gefahrtragung (*damān*). Aufgrund ihrer Nähe zu den Quellen bieten diese Abschnitte dem Leser zugleich die Möglichkeit, neben der Dogmatik auch den Denkstil islamischer Juristen kennenzulernen – ihre Art zu argumentieren und zu systematisieren, ihren Umgang mit Interpretationsoffenheit und Meinungsvielfalt, schließlich ihre Vermittlung zwischen dogmatischen und praktischen Erfordernissen und vieles mehr, was zum Wesen des islamischen Vertragsrechts ebenso gehört wie seine einzelnen Normen.

Bei der Konzeption des Buches habe ich bestimmte Gewichtungen vorgenommen. Dazu gehört zunächst ein Fokus auf das klassische Recht. Mit dieser Periodisierung beziehe ich mich auf die Zeit ab dem 10. Jahrhundert bis zum Beginn der Moderne – ein Zeitraum, in dem die formative Phase des Rechts abgeschlossen ist und die Dogmatik einen relativ hohen Grad an Stabilität aufweist.

Die teilweise tiefgreifenden Veränderungen, die das Recht seit dem 19. Jahrhundert durchlaufen hat, stehen dagegen nicht im Fokus dieser Arbeit. Punktuell gehe ich aber dennoch auf sie ein, vor allem dann, wenn es sich um wichtige Entwicklungen im Rahmen des sog. „Islamic Banking“ handelt, also dem Bestreben moderner Banken, „schariakonforme“ Finanzprodukte zu kreieren. Dieses Projekt eines alternativen Finanzwesens ist ohne Frage der Bereich, in dem das islamische Vertragsrecht heute seine größte praktische Relevanz entfaltet, während es im Bereich staatlichen Rechts weitgehend durch Zivilrechtskodizes nach westlichem Vorbild verdrängt wurde.

Punktuell bleibt in der Arbeit auch der Blick auf die ökonomische und rechtliche Praxis in den untersuchten Zeitschichten. Zwar wäre ein systematischer Abgleich der Rechtsliteratur mit der Praxis sehr wünschenswert, denn zu den zentralen Fragen der Forschung gehört gerade auch die, inwieweit das verschriftlichte Recht tatsächlich umgesetzt wurde. Allein, der Forschungsstand zur historischen Praxis erlaubt meines Erachtens nur vereinzelte und vorsichtige Schlussfolgerungen. Die wenigen vorliegenden Untersuchungen basieren auf einem sehr schmalen Quellenbestand und ihre Befunde sind wenig belastbar.¹ Wo es mir sinnvoll schien, habe ich sie dennoch in die Darstellung einfließen lassen und sie zum Teil auch durch Hinweise ergänzt, die sich in den Rechtstexten auf die Praxis finden.

Ich habe versucht, bei der Beschreibung des Rechts durchweg Ansichten aus allen vier sunnitischen Schulen zu berücksichtigen. Die Literatur dieser Schulen ist ein zusammenhängender Diskurs – regelmäßig wird dort auf schulfremde Rechtsauffassungen Bezug genommen, und die jeweils entwickelten Positionen sind oft unterschiedliche Lösungen für dieselben Probleme. Analysiert man die verschiedenen Stimmen in ihrem Zusammenklang, entsteht eine Mehrdimensionalität, durch die sich die innere Struktur des Rechtsdiskurses oft klarer erfassen lässt. Von einer Berücksichtigung auch nicht-sunnitischer Traditionen, wie etwa der ibaditischen oder schiitischen, habe ich dennoch Abstand genommen. Diese Beschränkung ist dem Bestreben gezollt, den Umfang der Untersuchung zu begrenzen.

Aus demselben Grund behandle ich das Vertragsrecht nicht in seiner gesamten Breite. Manche Aspekte bleiben unberücksichtigt – auch solche, deren Diskussion in den Quellen durchaus einigen Raum einnimmt. Das gilt etwa für die Pfandleihe (*rahm*), die Bevollmächtigung (*wakāla*), den Hinterlegungsvertrag (*wadīʿa*), die Bürg-

¹ Die wichtigste Studie zur historischen Praxis ist nach wie vor Goitein (1967), die auf den kairiner Geniza-Dokumenten basiert. Inwieweit diese Quellen überhaupt muslimische (und nicht jüdische) Praxis abbilden, ist z.T. kritisch bewertet worden (vgl. Ackermann-Liebermann 2011; Stillman 2014). Stark von Goitein abhängig ist die Studie von Ashtor (1972). Wertvolle Informationen enthalten die Arbeiten von Sohbi (1959 und 1965). Gute Darstellungen historischer Befunde enthalten die Arbeiten von Wichard (1995) und Ray (1997).

schaft (*kafāla/damān*), das Näherrecht (*šuf'a*) oder den unerlaubten Besitz (*ḡaṣb*) . Die Entscheidung zu dieser Beschränkung fiel auch mit Blick auf das Anliegen der Untersuchung, das nicht in einer umfassenden, gewissermaßen enzyklopädischen Darstellung liegt, sondern darin, grundlegende Zusammenhänge und Denkstrukturen aufzuzeigen und so den Charakter des islamischen Vertragsrechtsdenkens zu vermitteln.

Verzichtet habe ich schließlich auch auf ein einführendes Kapitel zum islamischen Recht als solchem, seinen Grundlagen und Methoden, seiner historischen Entwicklung, seiner institutionellen Struktur etc. Zu diesen generellen Fragen liegen bereits treffliche Darstellungen vor, auf die ich den Leser an dieser Stelle verweisen möchte: Nach wie vor ein Standardwerk ist Joseph Schachts *Introduction to Islamic Law* (1965) sowie dessen deutschsprachige Vorgängerversion *Bergsträssers Grundzüge des islamischen Rechts* (1935). Eine ausgezeichnete Einführung ist zudem Mathias Rohe, *Das islamische Recht: Geschichte und Gegenwart* (2009). Kürzere Darstellungen bieten die Kapitel von Rohe und Christian Müller im Sammelband *Islam – Einbeit und Vielfalt einer Weltreligion* (Ed. Brunner, 2016). Anthologien mit wertvollen Beiträgen zu einzelnen Aspekten des Rechts sind die Bände *Dispensing Justice in Islam: Qāḍis and their Courts* (Ed. Masud/Peters/Powers, 2006) und *The Ashgate Research Companion to Islamic Law* (Ed. Peters/Bearman, 2014).

Einleitung

Das Konzept des Vertrags (*ʿaqd*) nimmt im islamischen Recht eine zentrale Stellung ein. Es entfaltet seine Bedeutung nicht nur im Bereich ökonomischer Transaktionen, sondern ebenso im Familienrecht, da auch die Ehe im islamischen Recht als Vertrag konzeptionalisiert wird, und auch die *ḍimma*, also das Rechtsverhältnis zwischen Herrschern und nicht-muslimischen Untertanen, fassen die klassischen Juristen als Vertrag.²

Eine allgemeine Vertragstheorie haben die islamischen Rechtsgelehrten indes nicht entwickelt – jedenfalls nicht im Sinne eigenständiger systematischer Überlegungen über den Vertrag an sich, seine Natur und seine Rechtsfolgen. Ähnlich wie im römischen Recht bezieht sich vertragsrechtliche Reflektion in den klassischen Quellen immer schon auf bestimmte Vertragstypen, wie etwa den Kauf, die Miete, die Leihe, die Ehe etc.

Diese Feststellung darf nicht zu dem Fehlschluss verleiten, das islamische Vertragsrecht weise keine systematische Geschlossenheit auf. Das Fehlen einer „Theorie“ im Sinne eines separaten Metadiskurses ist zu einem hohen Anteil der Präferenz islamischer Gelehrter für bestimmte Darstellungstechniken gezollt: Gegenüber abstrakten Erörterungen bevorzugten sie es meist, dogmatische Zusammenhänge anhand paradigmatischer Fallbeispiele zu entwickeln – eine Vorgehensweise, die in der westlichen Forschung oft als „kasuistisch“ charakterisiert wurde.³ Diese Herangehensweise prägt auch das islamische Vertragsrecht: Man trifft dort auf einen Vertragstyp, den die Gelehrten als eine Art Grundtypus des Vertrags behandelten und anhand dessen sie viele generelle Prinzipien des Vertragsrechts in paradigmatischer Weise entwickelten. Dieser Vertragstyp heißt „*bayʿ*“. Übersetzt bedeutet das schlicht „Verkauf“, doch lässt sich präziser vom „Barkauf“ sprechen, denn das zentrale Merkmal des *bayʿ* ist es, dass die Leistungen beider Vertragsparteien unmittelbar erfolgen. Dadurch ist er zum einen vom Kreditkauf (*bayʿ muʿaḡḡal*) abgegrenzt, bei dem die Zahlung zeitlich verzögert erfolgt, zum anderen vom Terminkauf (*salām*), bei dem die Ware verzögert geliefert wird.

In ihren Abhandlungen zum Barkauf entwickelten die klassischen Autoren vieles, was sie per Analogie auch auf andere Vertragstypen übertrugen oder dort zumindest als eine Art natürlichen Ausgangspunkt betrachteten, von dem abzuweichen eine Begründung erforderte. Das betrifft etwa Fragen der Geschäftsfähigkeit oder formale Aspekte wie das Erfordernis von Angebot und Annahme, die Prinzipien der Mängelhaftung oder auch die Frage nach der vertraglichen Gestaltungs-

² Zum *ḍimma*-Vertrag (*ʿaqd ad-ḍimma*) vgl. etwa Širāzī, *Mubaddab* V, S. 325, Z. 8ff.; Samarqandi, *Tuhfa* III, S. 307, Z. 4ff.

³ Vgl. Bergsträsser/Schacht, Grundzüge, S. 127 und Schacht, Introduction, S. 205. Beide Autoren bewerten die „Kasuistik“ des islamischen Rechts als Schwäche. Andere Einschätzungen finden sich bei Katz, Abortion, S. 46f. und bei Johansen, Casuistry, S. 135ff.

freiheit. Auf eine stillschweigende Weise nimmt also die Diskussion des Barkaufs bis zu einem gewissen Grade den Platz einer allgemeinen Vertragsrechtstheorie ein.

Dem Barkauf kommt aber noch in einem weiteren, tiefergehenden Sinne eine paradigmatische Funktion zu: Die Gelehrten behandelten ihn als Idealtypus des Vertrags, weil sich in ihm zwei zentrale Anliegen des islamischen Vertragsrechts in optimaler Weise erfüllen. Eines dieser beiden Anliegen ist das Bestreben nach Transparenz: Für die Vertragsparteien soll klar überschaubar sein, welche Leistung sie erhalten und welche sie erbringen müssen. Beim Barkauf ist dies in optimaler Weise erfüllt, weil seine Regeln es vorsehen, dass Ware und Entgelt beim Vertragsschluss zugegen sein müssen und also in Augenschein genommen werden können. Zudem werden beim Barkauf Ware und Entgelt unmittelbar ausgetauscht, und dadurch wird dem zweiten zentralen Anliegen des Vertragsrechts genüge getan: der Minimierung von Risiken. Durch die Unmittelbarkeit des Austauschs besteht keine Gefahr, dass eine der Parteien ihrer Verpflichtung nicht nachkommt.

Der Barkauf ist also auch insofern paradigmatisch, als er Ausdruck und zugleich Erfüllung eines Ideals ist – er ist der Inbegriff eines transparenten und risikoarmen Tauschgeschäfts. Dadurch kommt ihm eine Art Leitfunktion zu: Andere Varianten des Kaufs, die hinter seinen Standards an Transparenz und Risikobegrenzung zurückbleiben, sind legitimationsbedürftig und wurden, wie wir sehen werden, von den klassischen Juristen nicht ohne weiteres akzeptiert. Dasselbe gilt im Prinzip für weitere Vertragstypen, wie etwa die Miete oder auch verschiedene Gesellschaftsformen: Auch sie wurden am Ideal der Transparenz und Risikominimierung gemessen und entsprechenden Restriktionen unterworfen oder auch ganz zurückgewiesen.

Die zentrale Stellung des Barkaufs im vertragsrechtlichen Denken islamischer Juristen bestimmt auch die Darstellung im vorliegenden Band. Ich werde diesen Vertragstyp an den Anfang stellen und ihn – ganz wie meine Quellen – dazu nutzen, eine Reihe genereller Aspekte des Vertragsrechts darzulegen. In einem zweiten Schritt werde ich verschiedene Varianten des Kaufs vorstellen, die vom Ideal des Barkaufs abweichen, und werde aufzeigen, wie die klassischen Autoren diese Vertragstypen problematisierten und unter welchen Voraussetzungen sie sie gegebenenfalls trotzdem akzeptierten. Im Einzelnen werde ich dabei auf den Terminkauf, den Kreditkauf und den Werklieferungsvertrag (*istiṣnāʿ*) eingehen (Kap. II und III). Im Anschluss daran werde ich verschiedene zentrale Problemkomplexe darstellen, die die islamischen Juristen ebenfalls anhand des Barkaufs erörterten. Das betrifft etwa die Diskussion der Vertragsfreiheit – also der Frage, inwieweit Parteien in gegenseitigem Einvernehmen ihre Verträge durch Sonderklauseln so konstruieren können, dass sie ihren Wünschen und Bedürfnissen passgenau entsprechen (Kap. IV). Darüber hinaus werde ich auf das Verbot des *ḡarar* und das des *ribā* eingehen – zwei Normen, die im Deutschen meist als „Risikoverbot“

(oder: „Spekulationsverbot“) bzw. „Zinsverbot“ wiedergegeben werden (Kap. V und VI), sowie schließlich auf Fragen der Gefahrtragung und der Gewährleistung (Kap. VIII und IX).

Im zweiten Teil des Buches werde ich mich vom engen Fokus auf Kaufverträge lösen und weitere wichtige Vertragstypen behandeln. Im Einzelnen sind dies Miet- und Arbeitsverträge (Kap. X), Leihe und Darlehen (Kap. XI), verschiedene Gesellschaftsformen (Kap. XII) sowie schließlich *hawāla* und *sufṭaḡa* – zwei Vertragsformen, die als Instrumente unbaren Geldverkehrs genutzt wurden und werden (Kap. XIII).

I. Der Barkauf (*bayʿ*)

Die Autoren der klassischen Rechtswerke identifizieren meist drei Kernelemente des Kaufvertrags – sog. „Säulen“ (*arkān*), anhand derer sie ihre Darstellung der Rechtsdoktrin gliedern. Diese Elemente sind (a) die kontrahierenden Parteien (*al-ʿāqidān*), (b) der Vertragsschluss selbst (*al-ʿaql*), also die Sequenz von Handlungen, die die rechtliche Verbindlichkeit der Kaufvereinbarung generieren, sowie (c) der Gegenstand des Vertrags (*al-maʿqūd ʿalayhi*), also Ware und Preis.⁴ In den folgenden Abschnitten werde ich dieser Gliederung der Materie folgen.

1. Voraussetzungen bezüglich der Vertragsparteien

1.1. Geschäftsfähigkeit

Um selbständig Kaufverträge schließen zu können, müssen die Parteien voll rechtsmündig (*mukallaf*) sein. Dies setzt die Volljährigkeit (*bulūg*) voraus sowie den Vollbesitz der Verstandeskräfte (*ʿaql*), was etwa Verrückte, nach Auffassung mancher aber auch Betrunkene und Schlafende ausschließt.⁵ Die Volljährigkeit beginnt, wenn die physischen Anzeichen der Pubertät in Erscheinung treten, doch haben die Juristen zugleich Altersgrenzen festgelegt: Mädchen werden frühestens mit 9 Jahren volljährig, während für Knaben das Mindestalter je nach Rechtsschule zwischen 9 und 12 Jahren variiert (die Angaben beziehen sich auf Mondjahre).⁶ Als Alter, mit dessen Erreichen eine Person auch ohne die Anzeichen der Pubertät volljährig ist, setzen die meisten klassischen Autoren für beide Geschlechter 15 Jahre an.⁷

Eine weitere Kategorie neben Volljährigkeit und vollem Verstand ist die „Reife“ (*ruṣd*). Sie ist durch die Abwesenheit von „Torheit“ (*saḡal*) definiert – ein Begriff, mit dem die Juristen speziell die Unvernunft in Vermögensdingen fassen.⁸ Wer beim Erreichen der Volljährigkeit keine Reife aufweist, verbleibt nach vor-

⁴ Die Strukturierung nach diesen drei „Säulen“ findet sich vor allem in šāfiʿitischen Werken (vgl. etwa Nawawī, *Rawḍa* III, S. 591ff.; Ibn Naqīb, *ʿUmda*, S. 371ff.), aber auch etwa im Werk des Mālikiten Ibn Ruṣd (vgl. *Bidāya*, S. 136ff.). Die dritte Säule wird z.T. alternativ als „*aṣ-ṣiġa*“ („äußere Form“) bezeichnet.

⁵ Vgl. Kāsānī, *Badāʾiʿ* V, S. 135, Z. 8ff.; Nawawī, *Rawḍa* III, S. 343, Z. 15ff.; ʿIllayš, *Šarḥ Manḥ al-ġalil* II, S. 467, Z. 18ff.; Ibn Qudāma, *Kāfi* III, S. 6, Z. 11ff. Generell zur Geschäftsfähigkeit (*abliyya*) vgl. *Maḥṣūʿa* VII, S. 151ff.

⁶ Vgl. *Maḥṣūʿa* VIII, S. 193b.: Mālikiten und Šāfiʿiten setzen als Mindestalter bei Knaben 9, die Ḥanbaliten 10 und die Ḥanafiten 12 Jahre an.

⁷ Vgl. *Maḥṣūʿa* VIII, S. 193a.: Nach vorherrschender mālikitischer Ansicht liegt die Grenze jedoch bei 18 Jahren, und Abū Ḥanifa sah sie für Männer ebenfalls bei 18 Jahren, für Frauen dagegen bei 17.

⁸ Vgl. *Maḥṣūʿa* XXV, S. 47b: Nur von Šāfiʿiten wird der Begriff auch auf das religiöse Verhalten bezogen.

herrschender Auffassung unter der Obhut seines gesetzlichen Vormundes. „Torheit“ kann aber auch erst im Erwachsenenalter auftreten und führt dann ebenfalls zum Verlust der Geschäftsfähigkeit.⁹

Nicht voll geschäftsfähig ist auch der Sklave. Das kommt daher, dass er bestenfalls in einem eingeschränkten Sinne Träger von Eigentumsrechten sein kann: Manche Gelehrten vertraten, dass dem Sklaven durch seinen Herrn Eigentum überlassen werden könne, über das er mit Erlaubnis des Herrn auch verfügen könne. Diese Eigentumsüberlassung war aber jederzeit widerruflich. Andere Gelehrte argumentierten, dass es kein eigenständiges Eigentum von Sklaven geben könne, da der Sklave mitsamt seinen Besitztümern Eigentum seines Herrn sei.¹⁰ Allerdings kann der Sklave nach einhelliger Ansicht im Auftrag seines Herrn Geschäfte tätigen.¹¹

1.2. *Freiheit von Zwang*

Die Parteien müssen nicht nur die hier angesprochenen Kriterien der Geschäftsfähigkeit erfüllen, sondern sie müssen beim Vertragsschluss auch frei von Zwang (*ikrāl*) handeln – ein Aspekt, den die klassischen Autoren ebenfalls als eine Eigenschaft der Parteien konzeptionalisieren und nicht etwa, wie es im Prinzip denkbar wäre, als einen Aspekt des Vertragsschlusses. Begründet wird die Regelung damit, dass bei erzwungenen Handlungen die innere Zustimmung (*riḍā*) nicht gewährleistet sei. Eben diese Zustimmung betrachten islamische Juristen, wie wir noch sehen werden, als den eigentlichen Grund für die Bindungskraft von Verträgen. Zwang verhindert die Gültigkeit von Vertragsschlüssen allerdings nur dann, wenn er ohne rechtliche Grundlage erfolgt. Wird also etwa ein Schuldner vom Richter zu einem Verkauf gezwungen, um den Gläubiger zufriedenzustellen, so ist der Vertrag gültig.¹²

1.3. *Eigentum des Verkäufers an der Kaufsache*

Ebenfalls als eine Qualität der Vertragsparteien konzeptionalisieren manche islamischen Juristen das Erfordernis, dass Käufer und Verkäufer das vollständige Eigentumsrecht an den jeweils veräußerten Vermögenswerten innehaben.¹³ Frem-

⁹ Vgl. *ibid.* S. 48a und S. 51b. Umstritten ist, ob der Entzug der Geschäftsfähigkeit des „Toren“ einer richterlichen Verfügung bedarf.

¹⁰ Vgl. *Maṣṣīʿa* XXIII, S. 39b.

¹¹ *Ibid.* S. 68b.

¹² Vgl. zum Aspekt des Zwangs insgesamt Nawawī, *Rawḍa* III, S. 344, Z. 6ff.; Širāzī, *Mubāḍ-ḍab* III, S. 10, Z. 5ff.; Ibn Qudāma, *Kāfi* III, S. 6, Z. 7ff.

¹³ Vor allem bei mālikitischen und ḥanafitischen Autoren wird das Eigentum an den auszu-tauschenden Vermögenswerten als Eigenschaft der Vertragsparteien gefasst. Šāfiʿitische Autoren fassen sie meist als Eigenschaft der Vermögenswerte und behandeln sie daher an anderer Stelle.

des Eigentum darf grundsätzlich nur unter Autorisierung durch den Eigentümer veräußert werden – etwa auf der Grundlage einer Vollmacht (*wakāla*) oder, wenn ein Sklave für seinen Herrn agiert, einer entsprechenden Anweisung (*idn*). Zum Teil wird allerdings auch der sog. *bayʿ al-fuḍūli* als wirksam anerkannt. So bezeichnen die Gelehrten ein Kaufgeschäft, das eine unautorisierte Person unter dem Vorbehalt der nachträglichen Zustimmung des Eigentümers tätigt. Wenn diese Zustimmung dann erfolgt, ist der Kauf nach Ansicht der Mālikiten und Ḥanafiten gültig. Die Šāfiʿiten hingegen erkennen den *bayʿ al-fuḍūli* nicht an.¹⁴

1.4. Die Bedeutung der Konfession der Parteien

Schließlich wird in den klassischen Rechtswerken eine Reihe von Transaktionen genannt, deren Statthaftigkeit von der Konfession der Vertragsparteien abhängt. So dürfen nach Ansicht mancher Schulen muslimische Sklaven nicht an Ungläubige verkauft werden.¹⁵ Dasselbe gilt für Koranexemplare und wird zum Teil auch mit Blick auf Hadithsammlungen vertreten – ja selbst Rechtsbücher, in denen Überlieferungen der frühen Muslime (*āṭār as-salaf*) enthalten sind, dürfen nach Auffassung mancher Šāfiʿiten nicht an Ungläubige veräußert werden.¹⁶ Diese Verbote scheinen spezifischen Schutzanliegen gezollt zu sein: Sakrale Texte werden durch sie vor Missbrauch bewahrt und der Sklave davor, dass ihn sein Herr zum Verstoß gegen religiöse Gebote zwingt.¹⁷ Eine grundsätzliche Beschränkung der Geschäftsfähigkeit aufgrund konfessioneller Kriterien kennt das islamische Recht dagegen nicht. Allerdings gibt es eine Reihe von Regelungen, die – wenngleich nicht nicht auf die Konfession – so doch auf die religiöse Gesinnung der Vertragsparteien Bezug nehmen, und zwar erneut vor dem Hintergrund bestimmter Schutzabsichten. So dürfen Waffen nicht an Personen veräußert werden, die sich mit Muslimen im Krieg befinden.¹⁸ Weintrauben wiederum darf man nach Ansicht mancher Schulen nie-

¹⁴ Zum *bayʿ al-fuḍūli* wie generell zum Erfordernis des Eigentumsrechts an den ausgetauschten Gütern vgl. Gazzāli, *Wasit* III, S. 22, Z. 1ff.; Nawawi, *Rawḍa* III, S. 355, Z. 10ff.; Samarqandi, *Tuhfa* II, S. 34, Z. 14ff.; Kāsāni, *Badāʿiʿ* V, S. 135, Z. 14ff.; Ibn Rušd, *Bidāya* II, S. 138, Z. 21ff. (der Aussage Ibn Rušds, die Ḥanafiten würden beim *bayʿ al-fuḍūli* zwischen Kauf und Verkauf differenzieren, scheinen die Angaben bei Samarqandi zu widersprechen; siehe zudem *Mawsūʿa* XXXII, S. 173a).

¹⁵ Vgl. Nawawi, *Rawḍa* III, S. 346, Z. 4ff.; Ibn Qudāma, *Muḡni* VI, S. 368, Z. 11ff. Die Ḥanafiten hingegen betrachten den Verkauf eines muslimischen Sklaven an einen Ungläubigen als wirksam. Allerdings wird der ungläubige Besitzer dann zur Weiterveräußerung gezwungen, vgl. Ibn Qudāma, *ibid.*; Kāsāni, *Badāʿiʿ* V, S. 135; *Mawsūʿa* XXIII, S. 16a.

¹⁶ Vgl. Nawawi, *Rawḍa* III, S. 346, Z. 7ff.; Ibn Qudāma, *Muḡni* VI, S. 367, Z. 12ff. Die Ḥanafiten dagegen gestatten den Verkauf von Koranexemplaren an Ungläubige, vgl. Kāsāni, *Badāʿiʿ* V, S. 135, Z. 16ff.

¹⁷ Vgl. für den Sklaven die Erläuterung bei Kāsāni, *Badāʿiʿ* V, S. 135, Z. 17ff. In der Regel äußern sich die Autoren aber nicht explizit zum Sinngehalt der genannten Verbote.

¹⁸ Vgl. Nawawi, *Rawḍa* III, S. 400, Z. 1ff.; Ibn Qudāma, *Muḡni* VI, S. 317, Z. 17ff.

mandem verkaufen, von dem man vermutet, dass er daraus Wein herstellt.¹⁹ Zum Teil abstrahieren die Autoren klassischer Rechtswerke aus diesen paradigmatischen Fällen ein generelles Verbot von Transaktionen, die zu verbotenen Handlungen führen. Als erläuternde Beispiele nennen sie etwa die Vermietung eines Hauses, wenn der Mieter darin Wein verkaufen will oder den Raum als Kirche oder zoroastrische Kultstätte zu nutzen gedenkt, oder die Vermietung von Sklavinnen und Sklaven an Personen, die an ihnen verbotene sexuelle Handlungen vornehmen wollen.²⁰ Das Recht zeigt sich also, kurz gesagt, nicht blind für die Absichten, mit denen jemand eine Sache kauft, und die Lauterkeit dieser Absichten wird so zu einer Voraussetzung für die Statthaftigkeit des Vertrags.

2. Der Vertragsschluss (‘aqd)

Im folgenden Abschnitt sollen diejenigen Aspekte des Kaufvertrags dargestellt werden, die die klassischen Autoren unter dem Begriff des „Vertragsschlusses“ (‘aqd) – als der zweiten „Säule“ des Kaufs – zusammenfassen. Konkret geht es dabei um die Handlungen und Äußerungen, die den Rechtseffekt des Kaufs – die Eigentumsübertragung – bewirken. Dabei diskutieren die Autoren zum einen die äußere Form, die diese Handlungen und Äußerungen aufweisen müssen und die sie von rechtlich folgenlosen Akten wie dem Scherz oder dem bloßen Verhandeln abgrenzt. Zum anderen diskutieren sie die Frage des Eigentumsübergangs. Er vollzieht sich, wie wir sehen werden, nicht in einem einzelnen Akt, sondern stufenweise, und die Gelehrten mussten somit klären, mit welchen Handlungen der Parteien welche Teilrechte an der Kaufsache an den Käufer übergehen.

2.1. Angebot und Annahme

2.1.1. Die Unverbindlichkeit des Angebots

Die erste Phase der Eigentumsübertragung beginnt mit dem Zusammenkommen von Angebot (*iğāb*) und Annahme (*qabūl*). Vor diesem Zusammenkommen ist noch keinerlei rechtliche Bindung entstanden: Das Angebot allein ist – anders als im deutschen Recht²¹ – gänzlich unverbindlich und kann vor der Annahme jederzeit widerrufen werden.²²

¹⁹ Vgl. Ibn Qudāma, *Muğni* VI, S. 317, Z. 17ff. Nach šāfi‘itischer Auffassung ist der Verkauf der Trauben nur dann verboten, wenn erwiesen ist, dass der Käufer daraus Wein herstellt (vgl. *ibid.* sowie Nawawi, *Rawda* III, S. 418, Z. 1ff.).

²⁰ Vgl. Nawawi, *Rawda* III, S. 418, Z. 6f. und insb. Ibn Qudāma, *Muğni* VI, S. 319, Z. 8f. und Z. 11ff.

²¹ Vgl. § 145 BGB sowie Kötz, *Europäisches Vertragsrecht*, S. 32f.: Soweit ein Offerent sein Angebot nicht als „freibleibend“ kennzeichnet, kann er es innerhalb einer „angemessenen“ Frist nicht widerrufen. Ähnliches gilt nach schweizerischem und österreichischem Recht.

Diese Unverbindlichkeit des Angebots wird in den Rechtswerken nicht explizit begründet. Sie hängt aber wohl damit zusammen, wie islamische Rechtsgelehrte die Bindungswirkung des Vertrags erklärten. Der šāfiʿitische Gelehrte Ġazzālī führt aus, dass diese Bindung in der „wechselseitigen Zustimmung“ (*tarādīn*) der Parteien begründet liege, also in ihrem Konsens. Zustimmung aber, so Ġazzālī, sei ihrem Wesen nach unsichtbar. Deshalb bedürfe sie eines äußerlich sichtbaren Zeichens – und genau dies sei die Funktion von Angebot und Annahme.²³

Das Angebot ist also lediglich ein Indikator für die Zustimmung, als der eigentlichen Ursache vertraglicher Bindung. Nun ist Zustimmung aber nicht nur unsichtbar, sondern auch flüchtig: Der Wille, eine bestimmte Transaktion durchzuführen, kann einem raschen Sinneswandel unterliegen. Daher erscheint es nur folgerichtig, wenn muslimische Rechtsgelehrte auch den Indikator dieses Willens – das Angebot – nicht als konstante Größe behandelten: Dem Signifikant wird keine vom Signifikat unabhängige Eigenwirkung zugebilligt.

Dieselbe Grundhaltung wird in einer weiteren Regelung greifbar, die zumindest von den Šāfiʿiten vertreten wurde: Zwischen Angebot und Annahme darf nicht so viel Zeit verstreichen, dass die Verzögerung als Indiz für das Abstandnehmen der Parteien vom Vertragsschluss interpretiert werden kann. Wieder wird hier das Angebot auf seine Funktion als Willensindikator reduziert, und wieder wird von der potentiellen Flüchtigkeit dieses Willens ausgegangen, was dazu führt, dass dem Angebot nur momentane Wirkung zugebilligt wird. Aus der Regelung resultiert im Grunde sogar, dass ein Angebot nicht nur widerruflich ist, sondern dass es von vorneherein nur eine begrenzte Zeit vorhält und fortlaufend „aufgefrischt“ werden muss, um überhaupt weiter vertragsbegründend wirken zu können.²⁴

2.1.2. Unmöglichkeit der Selbstbindung durch Versprechen (waʿd)

Die Unverbindlichkeit des Angebots im islamischen Recht resultiert also daraus, dass die Gelehrten es als Zustimmungskindikator konzeptionalisierten, sowie aus der Vorstellung von der potentiellen Flüchtigkeit der Zustimmung. Was die Gelehrten dagegen im Angebot nicht sahen, war ein Akt der Selbstbindung, der den Verkäufer unabhängig von seiner fortgesetzten Zustimmung verpflichtete.

²² Vgl. Kāsānī, *Badāʿī* V, S. 134, Z. 12ff. und S. 137, Z. 26; Širāzī, *Muhaddab* III, S. 10, Z. 13; Ibn Rušd, *Bidāya* II, S. 137, Z. 1ff. Nach Ansicht der Šāfiʿiten und Ḥanbaliten gewinnt ein Kaufvertrag seine Bindungskraft ohnehin erst mit dem Auseinandertreten der Parteien. Bis zu diesem Moment können beide Parteien vom Kauf zurücktreten. Dazu genauer unten Kap. I.2.1.4.

²³ Vgl. Gazzālī *Wasīṭ* III, S. 8, Z. 1ff. Ähnlich Ibn Qudāma, *Muğnī* VI, S. 9, Z. 10f.

²⁴ Zu der Regelung vgl. Ibn Naqīb, *ʿUmda*, S. 378, Z. 14f. sowie Nawawī, *Rawda* III, S. 342, Z. 6ff. Die ḥanafitische Position ist nicht ganz so strikt: Eine Verzögerung zwischen Angebot und Annahme ist unproblematisch. Wenn allerdings die Verhandlungspartner ohne Einigung auseinandergehen, werden alle Angebote hinfällig – man kann sich später nicht mehr auf sie beziehen (vgl. Samarqandī, *Tuhfa* II, S. 32, Z. 1ff.; Kāsānī, *Badāʿī* V, S. 137, Z. 9ff.).